

Análise da constitucionalidade do requisito confissão no Acordo de Não Persecução Penal

*Analysis of the constitutionality of the confession requirement in the Non-Prosecution
Agreement*

ANANDA RANYELLE NUNES SILVA

Discente de Direito (UNIPAM)
E-mail: anandanunes@unipam.edu.br

HELEN CORRÊA SOLIS NEVES

Professora orientadora (UNIPAM)
E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido, originalmente, no ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução n. 181/2017, por meio da alteração advinda com a Resolução CNMP n. 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, com intuito de aprimorar e acelerar os processos na área da justiça penal. Com o sancionamento da Lei n. 13.964/2019, diversos dispositivos penais foram alterados, inserindo o art. 28-A no Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de realização do Acordo de Não Persecução Penal. Nesse viés, apesar de ser uma abordagem nova e visar a uma justiça negociada eficaz, identificam-se problemáticas acerca da exigência da confissão como condição para celebração do acordo entre o Ministério Público e o investigado, visto que uma parte da doutrina entende pela sua constitucionalidade e outra pela sua inconstitucionalidade. O presente trabalho analisa o Acordo de Não Persecução Penal frente à sua aplicabilidade, elencando seus requisitos necessários, entre eles, a exigência de confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal e a aceção quanto à sua constitucionalidade,

Palavras-chave: confissão; garantias individuais; Ministério Público.

Abstract: The Non-Prosecution Agreement was originally introduced into the Brazilian legal system through Resolution No. 181/2017, amended by CNMP Resolution No. 183/2018, both issued by the National Council of the Public Prosecutor's Office, with the aim of improving and expediting criminal justice processes. With the enactment of Law No. 13.964/2019, several criminal provisions were amended, incorporating Article 28-A into the Code of Criminal Procedure, which allows for the establishment of a Non-Prosecution Agreement. Despite being a novel approach intended to promote effective negotiated justice, issues arise regarding the requirement of a confession as a condition for the agreement between the Public Prosecutor's Office and the accused. While part of the legal doctrine supports its constitutionality, others argue its unconstitutionality. This study examines the Non-Prosecution Agreement in light of its applicability, detailing its necessary requirements, including the demand for a formal and detailed confession of the criminal offense, and assesses its constitutionality.

Keywords: confession; individual guarantees; Public Prosecutor's Office.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 07 de agosto de 2017, e posteriormente inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal por meio da Lei n. 13.964 de 2019, comumente conhecida como “Lei ou Pacote Anticrime”, que, com sua vigência, trouxe diversas alterações na legislação penal, incluindo a possibilidade de aplicação do acordo com finalidade na efetividade, na celeridade e na economia de recursos com a não utilização de toda a máquina do Poder Judiciário, tratando-se de um forte instrumento mitigador ou modulador do denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O ANPP traz consigo uma medida despenalizadora entre o acusado e o representante do Ministério Público anteriormente ao oferecimento da denúncia e mediante determinados requisitos e condições. Assim, a problemática que o presente trabalho pretende abordar diz respeito à exigência de uma confissão formal e circunstanciada por parte do investigado como requisito elementar para a consecução do acordo, instituto que vem criando divergências na doutrina quanto sua constitucionalidade, sendo relevante analisar como deve se dar a obtenção dessa confissão para que seja passível de utilização como formação de elemento de convencimento.

Em um primeiro momento, apresentou-se um panorama geral sobre o ANPP, trazendo, resumidamente, seus requisitos, condições e vedações. Após, foi feita a análise do requisito da confissão formal e circunstancial para a celebração do acordo. A partir disso, foram analisadas as disposições legais e os princípios constitucionais, confrontando-os com a exigência da confissão por parte do investigado para participar do acordo.

O marco teórico adotado no trabalho é o de um processo penal constitucional, por meio de pesquisa acerca dos reflexos da justiça criminal negocial sobre as garantias fundamentais dos indivíduos. Dessa maneira, o presente estudo foi desenvolvido a partir da análise de informações e dados encontrados sobre o tema, com foco no art. 28-A do Código de Processo Penal, analisando a constitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do acordo de não persecução penal.

Ante o exposto, o tema em pauta é de suma importância, vez que o ANPP já é uma realidade e está sendo aplicado como uma forma de diminuir os processos criminais e beneficiar, de certa forma, o investigado. Assim, torna-se essencial a análise da constitucionalidade da exigência de confissão como condição para a celebração do referido acordo, o que configura o objetivo central do presente trabalho.

2 ANÁLISE DOGMÁTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A análise dogmática tem por objeto o estudo de problemas jurídicos a serem resolvidos mediante a aplicação das normas do direito, no caso em questão, do ANPP.

Trata-se de instituto previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal e instituído na legislação processual brasileira pela Lei n. 13.964/2019, popularmente

conhecida por “Pacote Anticrime”, consolidando ainda mais a Justiça Negocial no Brasil. Infere-se que a justiça negociada, uma das manifestações do consenso no processo penal, pressupõe a anuência das partes acerca das interferências no processo e procedimento, fruto da autonomia da vontade destas, sendo a negociação a forma mais demarcada de solução consensual do processo.

O modelo de justiça negocial adotado pelos Estados Unidos, denominado *Plea Bargaining*, serviu como inspiração para a criação do ANPP no Brasil. A barganha no país norte-americano é o acordo firmado entre a acusação e acusado, no qual este confessa a prática de um crime em troca de concessões dadas pelo Estado, que podem ser a redução do número ou gravidade das acusações ou a redução da pena a ser aplicada.

Todavia, o ANPP não deve ser confundido com o modelo tradicional do *Plea Bargaining*, visto que o primeiro busca evitar o processo penal sem coercitividade, enquanto o segundo ocorre no curso do processo penal sob ameaça de sanção pelo Estado-juiz.

A Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público definiu o ANPP e estabeleceu algumas regras para sua aplicação, porém padecia de um enorme vício de constitucionalidade, pois a Constituição Federal dispõe em seu art. 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual, razão pela qual foi realizada a normatização desse instrumento de justiça negocial por meio de uma lei devidamente aprovada pelo Congresso Nacional.

Dessa forma, o que antes era uma resolução de um órgão administrativo passou a ser um dispositivo do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019, que adicionou ao diploma legal o art. 28-A:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (Brasil, 2019).

O ANPP é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado, que deverá ser devidamente assistido por advogado/defensor, na fase de investigação de uma infração penal, necessariamente homologado judicialmente, por meio do qual o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado. Assim, ao aceitar voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, o investigado recebe em troca o compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

2.1 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 127 e 129, defende que o Ministério Público é o ente estatal constitucionalmente encarregado de movimentar a ação penal pública e de defender os interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais. A legitimidade processual diz respeito à capacidade de estar em juízo, em nome do Estado, titular do direito material e de ação, sendo mitigada apenas no caso da ação penal privada subsidiária, em caso de inércia da promotoria, conforme art. 5º, LIX, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Assim, caso o investigado preencha as condições estabelecidas no artigo 28-A do Código de Processo Penal e esteja devidamente acompanhado de seu defensor, poderá o Ministério Público firmar o ANPP.

Importante esclarecer que a legislação processual penal regulamentou a forma de exercício do benefício, estabelecendo, inclusive, os seus requisitos, sendo compatível com a Constituição Federal. Se preenchidos todos os requisitos legais, o Ministério Público tem o dever de oferecer a proposta de ANPP, visto que se trata de direito subjetivo do investigado.

Existe grande discussão sobre a natureza jurídica do instituto processual consensual mencionado, havendo quem sustenta que “o acusado não tem direito subjetivo ao acordo de não persecução penal” ou que “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público”, Porém, a negativa do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público quando atendidos seus pressupostos legais caracteriza clara atividade erosiva do Estado ao direito de liberdade do investigado.

De acordo com Lima (2020, p. 276), partindo da premissa de que o ANPP é um negócio jurídico extraprocessual, que deve resultar da convergência de vontades, não seria correto admitir que “se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso”.

Josita e Lopes Júnior (2020), por sua vez, defendem que o ANPP é um direito público subjetivo do investigado, um direito processual que não lhe pode ser negado pelo Ministério Público. Assim, não há consenso na doutrina acerca da existência de limitação à liberdade negocial do *parquet*.

É verdade que a legislação ordinária conferiu ao Ministério Público certa liberdade interpretativa para analisar, em um primeiro momento, o requisito subjetivo da “suficiência do acordo para a prevenção e repressão do crime”, uma vez que se está diante de um conceito jurídico indeterminado, isto é, vago ou ambíguo, cujo significado será construído a partir das circunstâncias do caso concreto. Mas, mesmo nesse caso, a análise não é e não deve ser solipsista por não caber decisões e arbitrariedades interpretativas.

Assim, ao Ministério Público cabe unicamente analisar se estão preenchidos os requisitos legais e negociar sobre as condições a serem estabelecidas, propondo ao interessando, cumulativa ou alternativamente, por exemplo, a reparação do dano, pagamento de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, não lhe competindo decidir sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal.

Se a medida, à luz das peculiaridades do caso, não for suficiente para a prevenção e repressão do crime, haverá ausência de um dos requisitos legais para o não oferecimento da proposta de não persecução penal, de forma que a negativa não recaia sobre a justificativa que não se trata de um direito subjetivo, mas na ausência de um dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício.

Enfim, não há para o Ministério Público uma faculdade e muito menos discricionariedade, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, para a concessão ou não do ANPP, pois, se estiverem presentes os requisitos objetivos e subjetivos, a formulação da proposta é obrigatória, sob pena de constrangimento ilegal, competindo, destarte, ao Estado demonstrar a ausência dos requisitos legais autorizadores do ANPP.

2.2 REQUISITOS

Para realização do ANPP, exige-se, cumulativamente, o preenchimento de seis requisitos: a existência de procedimento investigatório; não ser caso de arquivamento dos autos; tratar-se de delito cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos; que o delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; que tenha havido confissão formal do investigado.

Primeiramente, deve-se aferir o cabimento do ANPP a partir da existência de um procedimento investigatório prévio, conhecido como inquérito policial, sendo a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria. Ressalta-se que o art. 27 da Lei n. 13.869/19 prevê como crime a instauração de inquérito sem a existência de qualquer indício da prática do crime.

O segundo requisito para oferecimento do acordo é não ser caso de arquivamento dos autos, já que, nesse caso, não existiria a instauração de uma ação penal. Assim, é necessário que haja um juízo positivo sobre a presença de justa causa para que seja viável juridicamente o oferecimento da denúncia. Caso a investigação preliminar realizada não apresente elementos probatórios suficientes, deverão ser realizadas novas diligências (art. 47, CPP) ou deverá ocorrer o arquivamento (art. 28, CPP).

No que diz respeito propriamente ao delito supostamente cometido, exige-se que se trate de crime cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos e que não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça dirigida à pessoa a título doloso. Assim, não há vedação ao acordo para crimes culposos, ainda que com resultado violento.

Também deve estar presente a necessidade e suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime, análise que deve ser feita à luz da situação concreta apresentada, visto que não há qualquer parâmetro legal para determinar como essa análise deve ser feita.

Por fim, o último requisito para realização do acordo de não persecução penal é a confissão, que deverá ser realizada de maneira formal e circunstanciada. Entende-se como confissão formal do investigado aquela preferencialmente gravada em áudio e vídeo ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado na audiência extrajudicial designada para a celebração do ANPP.

Carvalho (2020, p. 251) aponta que a confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada, ou seja, integral, completa, minuciosa. Deve conter todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito.

Nesse sentido, preconizam Souza e Dower (2019, p. 165):

A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas do procedimento que deve ser aferida a validade da confissão. Confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo, etc., devem ser refutadas para a celebração do acordo.

Ainda, a confissão deverá ser “voluntária, sem qualquer vício de erro, dolo, ou coação, fruto da livre vontade do investigado” (Carvalho, 2020, p. 251).

Parte da doutrina defende que essa confissão do investigado seria mera “admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica” (Cunha, 2020, p. 129), tendo em vista que o reconhecimento da culpa só pode ser aferido mediante o devido processo legal. Todavia, há quem sustenta a inconstitucionalidade da exigência de confissão como requisito do acordo, sob o fundamento de que implica autoincriminação do investigado.

Para que a confissão seja considerada válida, são estabelecidos requisitos tanto intrínsecos quanto formais. Os elementos intrínsecos da confissão dizem respeito à sua veracidade, isto é, à probabilidade de que o acontecimento tenha ocorrido exatamente como confessado pelo investigado, devendo a narrativa apresentar coerência e consistência, mantendo as mesmas características e detalhes do evento ilícito, de forma a evitar qualquer discrepância entre as provas obtidas e o depoimento prestado pelo investigado. Além disso, é necessário que haja clareza na confissão, estando despida de ambiguidades, contradições ou a real vontade do acusado.

Como requisitos formais, ou seja, de natureza procedimental, tem-se a pessoalidade, exigindo que a confissão seja realizada pelo próprio transgressor, vedando a possibilidade de ser realizada por terceiros, inclusive por representantes, como o defensor ou mandatário; a imputabilidade, que garante a confissão como uma declaração real e não fruto de eventuais delírios realizada pelo infrator incapaz e, sobretudo, com enfermidade mental, já que qualquer infrator inimputável ou semi-imputável pode trazer riscos acerca da existência dos conteúdos relatados, e, por isso, investigados nesse quadro não poderão estar sujeitos ao ANPP; a visibilidade da confissão, devendo ficar a cargo do Ministério Público registrar e gravar o ato da confissão, a fim de que sejam demonstrados, posteriormente, a voluntariedade e o conteúdo do ato para evitar interpretações dúbias e dar mais credibilidade à confissão; ser feita perante autoridade competente, referindo a atribuição legal para a realização da confissão, que deve ser prestada perante membro do Ministério Público, que será também responsável pela sua filmagem.

Ainda, é elemento formal da confissão a espontaneidade, sendo livre e voluntária, na qual é estritamente proibido qualquer tipo de coação, ameaça, imposição ou indução do acordante para que o acusado se declare responsável pela infração, sob pena de ser retirada do processo já que violam as normas constitucionais e legais.

Dessa forma, a partir da exigência da confissão formal e circunstancial da prática da infração penal, é possível perceber a presença do elemento da confluência de vontades, na medida em que o Ministério Público, ocupando um dos polos do ambiente consensual, é quem oferece a proposta de acordo ao investigado pela prática de infração penal.

O investigado, por sua vez, pode manifestar seu desígnio em se submeter ao acordo e ao cumprimento das condições fixadas pelo representante do Ministério Público. É necessária sua aceitação em relação à sujeição ao acordo, respeitado o aspecto da voluntariedade, não podendo tal consentimento ser obtido de forma impositiva, nem mesmo a confissão, haja vista que se trata de requisito para celebração do acordo que exige uma postura ativa por parte do investigado.

2.3 VEDAÇÕES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Além do preenchimento dos requisitos, o art. 28-A, §2º, do CPP, prevê quatro hipóteses de vedação à realização do acordo: quando cabível transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais; em caso de reincidência ou se houver elementos que indiquem conduta criminal habitual; caso o investigado tenha sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração com o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; na hipótese de se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O primeiro requisito impeditivo previsto no art. 28-A, §2º, inciso I, do CPP, diz respeito ao não cabimento quando for possível a transação penal da Lei dos Juizados Especiais, impossibilitando o acordo quando for o caso de infração de menor potencial ofensivo submetida ao regime da Lei n. 9.099/1995. Pretende-se, com isso, vedar a dupla incidência de institutos diversos que contêm respostas de igual modo distintas. Há uma relação de subsidiariedade, pois, sempre que couber a transação penal, esta será preferível ao acordo de não persecução penal (Firmino, 2022, p. 249).

O segundo requisito, previsto no art. 28-A, §2º, inciso II, do CPP, trata da vedação do acordo quando o investigado for reincidente ou demonstre, por meio dos elementos informativos colhidos no caso, conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Assim, para ser considerado reincidente, o acusado deve ter cometido novo crime após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior, seja no mesmo país, seja em país estrangeiro, respeitado o prazo de 5 (cinco) anos. Na habitualidade criminosa, por sua vez, há uma pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente e não da infração penal. Nesse caso, tem-se uma sequência de atos típicos que demonstram um estilo de vida do autor, e o conjunto de tais delitos autoriza o aumento da pena. A conduta criminal reiterada é aquela que é repetida e renovada, enquanto a profissionalidade diz respeito à prática de certa atividade, o crime, como se fosse ela um ofício ou profissão. Ressalta-se que eventuais

ações penais ou investigações criminais em curso não poderão obstar o oferecimento do acordo (Cabral, 2020, p. 108).

O terceiro requisito, previsto no art. 28-A, §2º, inciso III, do CPP, objetivo negativo, proíbe a realização do acordo quando o investigado tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores à prática da infração penal com a transação penal, a suspensão condicional do processo ou com o próprio acordo de não persecução penal.

Por último, a lei impede a celebração do acordo “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”, como é expresso no art. 28-A, §2º, inciso IV, do CPP.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ANPP E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No ordenamento jurídico de um país e, com precisão, no Brasil, existe uma verticalização de normas, em que a Constituição tem sua supremacia, havendo necessidade da existência de um controle de constitucionalidade, para que, através dele, possam as normas inconstitucionais virem a ser expurgadas do ordenamento jurídico pátrio, tornando-as sem validade e resguardando os preceitos constitucionais.

Lopes Júnior (2022, p. 35) leciona que a Constituição é a porta de abertura do processo penal, sendo instrumento de efetivação das garantias ali insculpidas. Ou seja, o atual processo penal brasileiro somente se legitima ao passo que respeitar as balizas implantadas pelo poder constituinte.

Quando o legislador estabeleceu a confissão como requisito da pactuação do ANPP, ele entrevia uma máxima de veracidade no ambiente consensual, isto é, ao delimitá-la, como formal e circunstanciada, o objetivo era construir uma linha fática clara e detalhada daquilo que mais se aproxima da verdade real. É certo que a ideia de uma verdade alcançada a todo custo, marcada pela tortura e elementos aflitivos, foi superada e, hoje, busca-se algo direcionado na legalidade. É por isso que não se admite uma confissão com base em coação.

Quando se debruça na análise do aspecto valorativo da confissão, verifica-se que, por muito tempo, ela foi considerada a “rainha das provas”. Porém, atualmente, possui valor probatório igual a outros meios de prova colecionados, de acordo com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

Dessa forma, dispõe o Código de Processo Penal acerca do tema:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existem compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto (Brasil, 1941).

De imediato, o art. 197 do CPP exige do julgador um juízo de cautela, visto que ele não pode se valer apenas da confissão para decidir, devendo verificar se ela não é incompatível ou dispare aos demais elementos de prova.

Assim, pode-se depreender que, atualmente, as provas detêm a mesma hierarquia e cabe ao julgador valorá-las de forma imparcial, sem relegar maior peso a uma ou outra prova.

Há uma forte crítica na doutrina que diz respeito à possível inobservância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo no decorrer da investigação penal, sustentando a inconstitucionalidade da própria exigência da confissão, apresentando sua inutilidade, tendo em vista que nada agregaria. Martinelli sustenta que “se não houver justa causa para a ação penal, a investigação deve ser arquivada; se a justa causa estiver presente, a confissão é desnecessária” (2021, p. 313).

Para Cardoso (2020), a exigência da confissão no ANPP é equivalente à coação, posto consistir em vício de consentimento porque o imputado é obrigado a confessar para ter acesso ao acordo. Destarte, essa confissão não é livre nem espontânea e, assim, esvazia por completo o requisito da voluntariedade previsto no art. 28-A do CPP.

Além disso, para Betta (2020), o requisito da confissão fere o contraditório e o devido processo legal, haja vista inexistir controle de mérito pelo judiciário e é irrelevante, porque não resulta em sentença penal condenatória nem há valoração de provas. Mesmo entendimento possui Monteiro (2020, p.1):

Quando tratamos de acordo de não persecução penal, em regra, sequer há a persecução penal no momento da proposta. O procedimento se encontra em uma fase pré-processual. Então, se nos encontramos em uma fase pré-processual, onde não há nenhuma análise do mérito para que o acordo de não persecução penal seja realizado, qual a relevância da confissão para a homologação do acordo de forma posterior pelo juízo competente?

Na defesa da constitucionalidade da confissão, encontra-se Messias (2019), sustentando que a confissão não retrata uma inconstitucionalidade ou ilegalidade; contrário seria aquela obtida de modo forçado ou por meio clandestino, sem as advertências constitucionais de que a pessoa acusada de um delito terá a garantia de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Importante destacar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorrido na sessão do dia 24 de agosto de 2023 acerca do Juiz das Garantias, em que a ministra Rosa Weber proclamou o resultado das quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) que questionavam alterações no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13964/2019), entre elas

declarando a constitucionalidade do caput do art. 28-A do Código de Processo Penal, onde está inserido o requisito confissão para propositura do acordo de não persecução penal, tendo como resultado “por unanimidade, a constitucionalidade dos arts. 28-A, caput, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019”.

Nesse seguimento, Cabral (2020b, p. 213-214) afirma que a exigência da confissão no ANPP não viola as garantias constitucionais do imputado, já que nela não há:

(i) a tortura física ou psicológica; (ii) o uso de qualquer intervenção corporal contra o imputado; (iii) o emprego de medidas que afetem a memória ou a capacidade de compreensão do interrogado; (iv) o uso de hipnose; (v) o uso de métodos de interrogatório durante a fadiga; (vi) a administração de medicação ou narcoanálise (seja por injeção, inalação, contato com a pele, ingestão via comida ou bebida); (vii) o engano; (viii) o ardil; (ix) as ameaças e (x) as perguntas capciosas.

Assim sendo, o que importa é a existência da voluntariedade e do consentimento livre e informado em confessar para poder celebrar o ANPP. Além do mais, esse ato de confessar faz o investigado perceber que é sujeito de direitos, com liberdade, autonomia e dignidade para decidir sobre o seu futuro. Situação que é inimaginável no sistema inquisitório, já que o autor de um fato criminoso era objeto de investigação, não tendo direitos e garantias (Cabral, 2020b).

A fim de se analisar se o direito de se manter em silêncio é infringido, basta verificar se o órgão ministerial oferece o acordo ou uma ameaça ao acusado. Assim responde Cabral (2020b, p. 215):

Nos moldes estabelecidos pelo art. 28-A do CPP, a possibilidade de fazer o acordo nos parece claramente uma oferta e não uma ameaça. Isso porque a consequência da não aceitação do acordo não tem um resultado desproporcional em relação à proposta, de modo que as consequências altamente desproporcionais podem sim consubstanciar uma ameaça, pois quanto maior a sua gravidade, mais pressão ela envolve.

Isso posto, o autor afirma que a possibilidade de oferecimento da denúncia em caso de não celebração do acordo não constitui uma ameaça. A confissão, prevista no art. 28-A do CPP, para o entabulamento do ANPP não parece ser um instituto causador de uma violação do direito de ficar em silêncio, até porque a escolha em confessar advém de uma opção legítima da defesa do imputado, o qual é orientado por seu advogado (Cabral, 2020b).

É cabível conceber a ampla defesa como um direito do réu e o contraditório como um direito das partes. Ampla defesa é autodefesa e defesa técnica ao mesmo tempo. Esses dois princípios são como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. Pensando na influência da confissão do ANPP nestes dois princípios, preleciona Lovatto, A. e Lovatto, D. (2020, p. 65-84):

[...] por ser extrajudicial e encontrar-se na fase pré-processual, não dispensa de forma alguma o direito da pessoa acusada em contraditar eventual futura pretensão acusatória, tampouco autoriza a ser considerada como prova em caso de persecução penal, mormente a subsidiar eventual condenação, na eventualidade de descumprimento do acordo ou de não homologação judicial.

Contudo, verifica-se que a exigência da confissão no ANPP não traduz violação à ampla defesa e ao contraditório, mas exige do defensor no momento da formalização desta, que é mero pressuposto do acordo, papel ativo para que tudo ocorra da devida forma quando da assinatura pelo acusado.

Ao tratar da presunção de inocência, pode-se instituir fundamento no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É clara a posição do constituinte no sentido de que, desde o início do processo até o trânsito em julgado, momento em que não será mais cabível qualquer recurso, o estado de inocência deve ser concedido à pessoa do acusado.

Também é possível observar que o ônus probatório da não inocência fica a cargo da acusação, do órgão ministerial que deve trazer todos os meios de prova suficientes para fazer com que o julgador, por meio do livre convencimento motivado, decida se foram comprovados os indícios de autoria e materialidade. Ao acusado é garantida a presunção, ou seja, a premissa de que é inocente até que se prove o contrário.

Adentrando no princípio da não autoincriminação, uma de suas acepções é o direito ao silêncio, que encontra seu fundamento no art. 5º da Constituição. Entre múltiplos direitos e garantias fundamentais inseridos nesse dispositivo normativo, vale destacar o que preceitua inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)” (Brasil, 1988).

Dessa forma, pode-se dizer que a confissão é uma opção legítima, uma escolha, e o infrator pode optar por cooperar ou não. Defende Cabral (2020, p. 270) que “o investigado, na sua decisão, é um sujeito detentor de direitos, com dignidade e autonomia para decidir sobre o seu destino”. No mesmo sentido, leciona Carvalho (2020, p. 247-261):

Não há ofensa ao direito ao silêncio já que o investigado tem a liberdade de confessar ou não o ato delituoso, ou seja, tem o investigado o direito de ficar calado ou de confessar detalhadamente o ato delituoso. É uma opção do investigado, dentro de sua autonomia de vontade e assistido pela defesa técnica.

Importante destacar a referência ao exposto no artigo 197 do Código de Processo Penal e à própria exposição de motivos do CPP quanto ao fato de que a confissão, por si só, não constitui prova plena da culpabilidade do acusado, não levando à condenação.

A legislação é omissa quanto à utilização da confissão realizada para o ANPP durante a instrução processual em eventual oferecimento de denúncia por quebra do acordo ou não homologação. De acordo com determinada linha de argumentação, a

confissão poderá ser usada como elemento de reforço da prova de autoria, corroborando as demais provas produzidas em contraditório em casos de descumprimento do acordo.

Como explica Cabral (2020, p. 113), “É importante frisar, porém, que essa confissão formal e circunstanciada somente poderá ser utilizada no processo penal, caso seja o acordo homologado e caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia”.

Para Cunha (2020, p. 309),

Nesse sentido, é viável defender que a confissão apresentada como condição para o acordo de não persecução pode ser utilizada pelo órgão acusatório quando for possível atribuir ao acusado a responsabilidade pela rescisão do negócio jurídico. Entender contrariamente, nesse caso, seria o mesmo que anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa.

Por sua vez, Josita e Lopes Junior (2020, n.p.), tratando da confissão e o acordo de não persecução penal, são enfáticos nesse sentido, ao dizerem que “a confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo”.

O ambiente negocial em que o investigado aceitou admitir o crime torna a confissão imprópria para ser usada como prova. O âmbito da voluntariedade da confissão no ANPP se direciona ao adimplemento do requisito formal do acordo e não a servir como elemento destinado à reconstrução histórica do fato na fase judicial.

Assim, a confissão realizada sem o exercício da ação penal não se presta para os fins do processo, mas tão somente como pressuposto para a celebração do acordo e, uma vez descumpridas as condições do acordo, não há que se falar em utilização da confissão pela acusação para lastrear sua hipótese acusatória, da mesma forma que incabível a sua utilização como elemento de prova para embasar eventual decreto condenatório.

Há ainda, em razão da lacuna deixada pelo legislador, diversos questionamentos acerca dos efeitos da confissão do réu para os demais partícipes e corréus. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, ao emanar decisão no Habeas Corpus nº 756.907, decidiu que:

[...] por ser uma prova extrajudicial, seria retratável em juízo e não tem standard probatório para, exclusivamente, levar à condenação. Seja qual for a sua clareza, deve ser confrontada com outros elementos que possam confirmá-la ou contraditá-la, durante a instrução criminal. Se o celebrante do ANPP não figura no polo passivo da ação penal e a confissão formal não pode ser utilizada contra ele (na seara criminal) enquanto não descumprir o ato negocial, com muito mais razão essa prova extrajudicial carece de aptidão probatória para, *per se*, subsidiar a condenação de coautor do mesmo fato delituoso, atingido pelas declarações. [...] (Brasil, 2022).

Diante do exposto, compreende-se que a confissão no ANPP não enseja violação constitucional à presunção de inocência, nem ao princípio da não autoincriminação,

muito menos ao direito ao silêncio. Afinal, é da escolha de cada um optar ou não por confessar, cooperar para que haja a pactuação do ANPP.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste trabalho foi analisar a constitucionalidade da utilização da confissão prevista como um dos requisitos ao ANPP, disposto no art. 28-A do CPP, concluindo-se que sua exigência não representa violação aos direitos do investigado, devido à possibilidade de optar por não confessar.

Dessa forma, se o investigado entende que não cometeu a conduta que está lhe sendo atribuída, pode perfeitamente rejeitar o acordo. A vantagem do acordo é evitar o ônus do processo e o risco de condenação ao final, mas, caso se considere inocente e devidamente assistido por defesa técnica, que os elementos contra ele não serão robustos suficientes para levar a uma condenação, pode perfeitamente recusá-lo.

De outra sorte, quando se trata da presunção de inocência que se desdobra no princípio da não autoincriminação e do direito ao silêncio, a confissão do ANPP não pode ensejar expressivo prejuízo, já que o acordo tem uma concepção de oferta e não de ameaça, limitando-se a uma vantagem proporcional à pena cominada. Sendo assim, é de livre escolha do acusado confessar ou não.

Por fim, percebe-se que a exigência do requisito confissão para celebração do ANPP não afronta a Constituição Federal e não está eivada de ilegalidade, dado que o acusado deverá confessar a prática da infração penal acompanhado pelo seu defensor, tendo conhecimento de todos os seus direitos e podendo optar por qual caminho seguir.

REFERÊNCIAS

BETTA, Emerson de Paulo. Da inconstitucionalidade e irrelevância do requisito da confissão no ANPP. **Revista Consultor Jurídico**. Rio de Janeiro (RJ). 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidadeirrelevancia-confissao-anpp>.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, R 24 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 abr. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus nº 756.907/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 set. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020a.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020b.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CARDOSO, Arthur M. A. Da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/daconfissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, p. 247-261, out./dez. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 7. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019**: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FIRMINO, Adriano Godoy. Sobre o futuro do acordo de não persecução penal: algumas considerações sobre os impactos no sistema de justiça criminal e penitenciário. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 237-264.

JOSITA, Higyna; LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 8. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. In: **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 65-84, jan. 2020. Semestral. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf>.

MARTINELLI, João Paulo. A (Ir)relevância da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 303-320.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONTEIRO, P. Justiça Penal Negociada: o novo acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>.

SILVA, Bruna Couto da. **O acordo de não persecução penal**: expansão ou redução do sistema penal. 2020. 90 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/35072/1/Bruna%20Couto%20da%20Silva.pdf>.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: SANCHES CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução n. 181 do CNMP. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

STF PROCLAMA julgamento do instituto do juiz das garantias. **Revista Migalhas**, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/392420/stf-proclama-julgamento-do-instituto-do-juiz-das-garantias>.